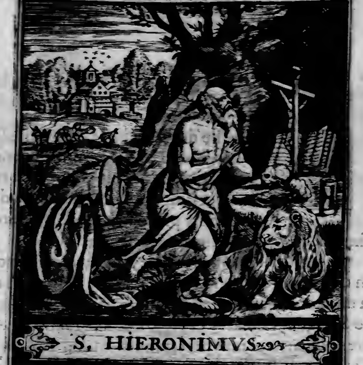


POR

DON GERº
NIMO DE RODA,

y conſortes, vezinos de
Murcia.

CON

Doña Catalina de Roda, viuda
de Andres Nauarro: y por ſu
muerte con Pablo de Roda ſu
hermano y heredero, ve-
zino de la dicha
ciudad.

Initium à Domino.

1 EL hecho deſte pleyto es muy difuſo, y recogiendo breuemente del memorial del Relator lo mas importãte y preciſo, para la inteligencia del derecho, y pretenſion de don Geronimo de Roda y ſus hermanos: ſe preſupone.

¶ Lo primero. Que Andres Nauarro el menor, en quien vinieron a parar los tres mil ducados de la donacion que Iſabel de Sigura muger del Iurado Saluador Nauarro el viejo hizo en fauor de Andres Nauarro el mayor, eſtando caſado con doña Catalina de Roda, y tiniendo dos hijas en edad pupilar hizo ſu teſtamẽto, en el qual dexò hecha ſubſtitucion pupilar a ſus dos hijas en fauor de la dicha doña Catalina de Roda ſu muger, y de doña Mencia Fernãdez abuela del teſtador, en la forma que ſe contiene en la clauſula que ſe ſigue.

CLAVSVLA.

2 EN *El remaniẽte de todos los demas mis bienes, derechos, y acciones auidos y por auer, dexo y nõbro en ellos por mis vniuerſales herederos a doña Beatriz, y doña Antonia Nauarro mis hijas legitimas, y de doña Catalina de Roda mi muger, para que por yguales partes ſe partan entre ellas. Y ſi lo que Dios no quiera muriere qualquiera dellas dentro de la pupilar edad, quiero, y es mi voluntad, que la otra hermana que dellas quedare viua, aya y herede los dichos ſus bienes. Y ſi lo que Dios no quiera murieren ambas a dos en la dicha edad pupilar, ſin poder teſtar, quiero, y es mi voluntad, que la tercia parte de todos mis bienes que yo huuiere del dicho ſeñor Saluador Nauarro mi abuelo vinculados, vſando de la licencia y facultad que por el dicho ſu teſtamento me da, y a las*

di-

dichas mis hijas, los aya y lleue con todos los demas mis bienes, y de las dichas mis hijas doña Catalina de Roda mi muger, para que sea vsufructuaria todos los dias que ella viuiere, y no se casare. Y si se casare, quiero que pierda el dicho vsufructo de los dichos bienes, y en ellos suceda y lleue doña Mencia Fernandez mi abuela, y sus herederos y sucessores en vsufructo y propriedad. Con tanto, que antes y primeramente se saque dellos mil ducados, para q̃ dellos se establezca vna Capellania a parecer y orden de los dichos mis cabeçaleros, y se digan dellos las Missas que a ellos les pareciere. Todo lo qual hago por via de substitucion pupilar a las dichas mis hijas, en la mejor forma, y manera que de derecho huuiere lugar.

3 Muerto Andres Nauarro con este testamento, murieron assimismo las dichas doña Beatriz, y doña Antonia Nauarro sus hijas en la edad pupilar. Y por su muerte se siguio pleyto entre la dicha doña Catalina de Roda, madre de las dichas menores, como heredera que pretendio ser de sus hijas en virtud de la substitucion pupilar, y Andres Nauarro Galtero, y sus hermanos, que pretendian suceder en estos tres mil ducados por derecho de vinculo, en virtud de ciertas clausulas de la donacion de Isabel de Sigura. Y en este pleyto se dierõ sentencias de vista y reuista en fauor de doña Catalina de Roda, en que se le adjudicaron los tres mil ducados de la donacion con frutos y rentos.

4 Y en la segunda instancia, antes de salir la sentencia de reuista, don Geronimo de Roda y sus hermanos, herederos de doña Mencia Fernandez su abuela, se opusieron a este pleyto en exclusion de los Galteros, y de doña Catalina de Roda: pretendiendo, que los tres mil ducados desta donacion, y los demas bienes que quedaron por muerte de Andres Nauarro, les pertenecen como herederos de la dicha doña Mencia Fernandez su abuela, en virtud de la substitucion pupilar hecha por el dicho Andres Nauarro a las dichas sus hijas. Y esta oposi-

oposicion se admitio por autos de vista y reuista, sin perjuyzio del pleyto que estaua cõcluso entre doña Catalina, y los Galteros.

5 Y como por la sentencia de reuista, en que se le adjudicaron a doña Catalina los tres mil ducados fueron excluydos y vencidos los Galteros; el pleyto quedò entre doña Catalina de Roda de la vna parte, que como heredera legitima de sus hijas, y en virtud de la substitucion pupilar, pretende auer sucedido en los tres mil ducados de la donacion, y en todos los demas bienes pleno iure en propriedad y vsufructo. Y de la otra don Geronimo de Roda, y sus hermanos, que como herederos de doña Mencia Fernandez su abuela, pretenden auer sucedido en la propriedad de los dichos bienes, en virtud de la dicha substitucion pupilar, y que por ella tan solamente le quedò el vsufructo a la dicha doña Catalina por sus dias, y en tanto que no se casare.

6 Esto presupuesto, se diuide esta informacion dos articulos. En el primero se fundara la justicia de don Geronimo de Roda y sus hermanos. Y en el segundo se satisfara a los fundamentos de la pretension de doña Catalina de Roda.

ARTICVLO PRIMERO.

7 DOña Catalina pretende, que por la substitució pupilar desta clausula ha sucedido a sus hijos en propriedad y vsufructo pleno iure. Pero lo cierto es, que la substitucion fue limitada para que sucediesse en el vsufructo de los bienes tan solamente, y no en la propriedad; segun lo que resulta del contexto de toda la dicha clausula.

8 Porque el juzgar si las disposiciones desta calidad son de vsufructo solo, o de propriedad pleno iure, es de lo arbitrario y conjetural: vt obseruarunt *Crasus in tract. de successionibus, §. legatum, q. 38. in*

in princip. Alciat. Caualca. & Crauet. quos adducit *Menoch. lib. 4. præsumpt.* 133. *num.* 1. *Simon de Pratis, Ioan. Garc. Manti. Surd.* & alij relati à *D. D. Ioan. del Casti. in tract. de vsufruct cap.* 30. *num.* 1. & 2. *seqq.* Y en este caso militan muchas y muy grandes conjecturas, y aun euidencias, de que la voluntad del testador fue substituyr a su muger post mortem filiarum, en solo el vsufructo, y no en la propriedad.

9 La primera conjectura es la que resulta de la propriedad de las palabras, à qua nullo modo recedere licet, nisi manifestissimè constet, aliud sensisse testatorem, vulgata *l. non aliter, ff. de legat.* 3. & iure nostro Regio, *l.* 5. *titu.* 33. *par.* 6. multa *Menoch. cõsil.* 105. *num.* 5. exornat *Decianus cons.* 47. *num.* 7. *vol.* 3. verba autem substitutionis, ibi: *Para que sea vsufructuaria,* sunt clara, & plusquam manifesta vsusfructus, non autem proprietatis: ita *Socin. cons.* 102. *num.* 13. *volum.* 3. *Cephal. cons.* 37. *nu.* 23. quos & alios refert & sequitur *Barthol. Bertazol. lib.* 1. *consultation. decisionarum, cons.* 4. *nu.* 16.

10 La segunda conjectura es la que resulta de auer quedado doña Catalina substituyda *por los dias de su vida tan solamente, y en tanto que no se casare.* Quæ verba manifestissimè vsumfructum important, non autem proprietatem; porque aunque es assi, que començando la institucion, o legado por los bienes, como aqui començò, ibi: *Los aya y lleue, con todos los demas mis bienes, y de las dichas mis hijas, &c.* Aunque despues diga, que se los dexa para que sea vsufructuaria, o para que se alimente, la institucion, o legado es de propriedad pleno iure: y las palabras, *para que se alimente, o para que sea vsufructuaria,* son demonstratiuas, o causatiuas, y no restringen, ni limitan la disposicion, *vt ex l. species de aur. & argen. legat.* notant DD. & tradit *Surd. in tract. de aliment. tit.* 2. *q.* 1. *num.* 23. Esto se limita, y no ha lugar, quando la calidad del vsufructo q̃ se le añidio al legado, o a la disposicion fue limitada, *advitam*

tam legatarij, vel hæredis, como en este caso lo fue, ibi: *Para que sea vsufructuaria por todos los dias de su vida, &c.* tunc enim prædicta verba vsumfructũ important non proprietatem, ex natura vsusfructus interpretata, qui per tempus vitæ durat, & morte finitur, ita post *Bald. Socin. Iass. Bellon. Cephal.* & alios quam plures resoluit *Menoch.* ad hoc vidẽdus, *lib. 4. præsumpt. 133. nu. 12.* quem sequitur *Domin. D. Ioann. del Castillo in tractat. de vsufruct. lib. 1. cap. 30. num. 13. & num. 52.* idem *Menoch. dict. lib. 4. præsump. 134. num. 7. Barthol. Bertazol. dict. consil. 4. nume. 18. & 19.*

11 La tercera y vltima conjectura, & quæ omnem prorsus dubitationem tollit, es la que resulta de aquellas palabras de la disposicion, ibi: *Y si se casare, quiero que pierda el dicho vsufructo de los dichos bienes, &c.* Quæ quidem verba præcedentis dispositionis in sensum vsusfructus euidentissimam declarationem importan: porque si en caso de contrauẽcion, que la dicha doña Catalina casasse segunda vez le quitò el vsufructo, euidente cosa es, que en la substitucion no le auia querido dar mas, quia ademptũ sub aliqua cõditione, sub contraria videtur relictum, *l. si legatum purè, ff. de adimendis legat.* cũ *similibus*, vbi tradunt *DD. communiter, Peregrin. de fidei commissis, artic. 11. num. 9. & sequentibus*, & in his ipsis terminis plures alegans *Leand. Galgan. in tract. de conditionibus, & demonstrationibus, 2. par. cap. 1. q. 105. per tot.*

12 A que se junta, que aquellas dicciones relatiuas, ibi: *el dicho vsufructo*, & ibi: *de los dichos bienes*, declaran la calidad, y la substancia de la substitucion precedente, auer sido en solo el vsufructo a q̃ se refieren, quia huiusmodi dictionis præcedentiũ declaratiuę sunt, vt ex *l. à se toto, & ex l. fin. ff. de hæred. instituend.* obseruat *Ioan. Garc. de nobilitate in diuisione operis, num. 49. Mantica de coniecturis vltimarũ volunt. lib. 6. tit. 13. num. 10. in fin. versic. illud vero*,

 & in

& in terminis post *Socin. & alios, aduertit Bertazol. dict. consil. 4. num. 26.* ibi: *Propter dictam clausulam, quæ declarat superiorem, vt supra: quia quando testator inferius meminit de legato vsusfructus declarauit, id quod supra relictum est, esse pariter vsumfructu, Socin. d. consil. 102. num. 13. &c.* idem etiam tradit eleganter *Menoch. consil. 352. num. 22. lib. 4. & in tract. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 134. num. 8. & 9.*

13 Vnde, auiendo quedado doña Catalina de Roda por el testamento de su marido, substituyda a sus hijas en el vsufruto de los bienes tan solamẽte; cierto es que en la propriedad quedò substituyda doña Mencia Fernandez madre del testador, como su heredera legitima abintestato.

14 Porque aunq̃ oy de derecho nueuo del Reyno, extante *l. 1. tit. 4. lib. 5. nouæ compilat.* ay question entre los modernos, si por aquella ley està corregido el derecho antiguo de la *l. 1. §. si ex fundo, ff. de hæred. instit.* cum similibus taliter, que el heredero instituydo in parte, vel in re certa, no adquiere, ni lleua mas que lo que el testador le dexa expressamente, y en lo restante de la herencia suceden los herederos legitimos abintestato, o si el derecho de la *l. 1. §. si ex fundo*, cum similibus, està en obseruancia, sin embargo de la nueua disposicion de la *l. 1. tit. 4. lib. 5. recopilat.* y oy (de la misma manera que entõces) particularis institutio ad vniuersam trahitur hæreditatem, y el heredero instituydo in parte, vel in re certa detracta rei, vel partis mentione manet vniuersaliter institutus.

15 Et vetera iura correcta esse affirmant *Matien. in d. l. 1. tit. 4. lib. 5. compilat. glos. 10. num. 46. & sequentibus, Tello Fernandez in l. 3. Tauri, 3. par. num. 2. Zeuallos, commun. contra commun. quæst. 214. à num. 6. & quæst. 701. num. 5. & 6. Pichardo in §. hæreditas, nu. 36. Instituta de hæredib. instituend.*

¶ At vero ècontrario antiqua iura correcta esse negant, *Burgos de Paz in l. 3. Tauri, concl. 6. num. 858.*

Padilla

Padilla in l. eam quam, num.93. & 94. l. de fideicommiss. Dominus Molina de primogenijs, lib.1. cap.17. nu. 23. Gratian. regul. 281. num 8. & post eos omnes *Dñs. Castillo lib.3. controuers. cap.17. nu.127. & seqq. vsque ad num. 144.*

16 In hac quæstione, la primera opinion es la mas verdadera, y la que tiene mas solido y cierto fundamento de derecho, porque la razõ que auia, para que en los terminos del derecho común, el heredero instituydo in parte, vel in re certa, se tuuiesse por heredero vniuersal, detracta rei, vel partis mentione, y se le acresciesse todo lo restante de la herencia, era por euitar el inconueniente, ne quis decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, iuxta regulam, *l. ius nostrum, ff. de regul. iur.* ita communiter tradunt omnes in *dict. §. si ex fundo, Anton Gomez 1. tom. variar. cap.2. num.16.* & post eum *Matienço, Tello, Zeuallos, Pichardo, Burgos de Paz, Padilla, Iuan Gracian, & reliqui omnes pro vtraq; opinione allegati*, & post eos omnes *Dñs ipse Castillo dict. cap.17. num.41.*

17 Y esta razon ha cessado por la nueua disposicion de la *l.1. tit.4. lib.5. recopilat.* por la qual todos resueluen, que la regla de la *l. ius nostrum, de regulis iuris*, esta corregida, y que qualquira, o sea soldado, o sea pagano puede morir pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt tradunt *Matienço, Tello, Zeuallos, Pichardo, vbi supra*, & post eos planè agnoscit *Dñs ipse Castillo dict. cap.17. num.151. & 152.* y consiguientemente ha cessado la disposicion de la *l.1. §. si ex fundo, de hæred. instit.* cum similibus, y el instituydo in parte, vel in re certa, ya oy, apud nos, no se reputa por heredero vniuersal, sino por legatario de aquella parte, o de aquella cosa cierta que se le da por el testamento, y en todo lo restante de la herencia suceden los herederos abintestato, ex iuribus, & DD. supra pro prima opinione relatis.

Atque

18 Atque ita, doña Catalina de Roda, que por el testamento de su marido quedò substituyda á sus hijas en el vsufructo de todos los bienes, no se ha de reputar por heredera vniuersal, sino por legataria de solo el vsufructo, quia legatario rei particularis, non acrescit hæreditas vniuersalis, vt ex *l. si nemo, de testam. tutel.* & ex Bart. & alijs tradit *Cephal. cons. 436. num. 67. vol. 3.* y en lo restante de la herencia (que es la propriedad de los bienes) se ha de tener por substituyda doña Mencia Fernandez, madre del testador, como su heredera legitima abintestato, ex *l. conficiuntur, ff. de iure codicill.*

19 Y quando la contraria opinion (scilicet, que el derecho antiguo de la *l. 1. §. si ex fundo, de hæred. instit.* cum similibus, no està corregido por la *l. 1. tit. 1. lib. 5. recopilat.* y que adhuc hodie, el instituydo in parte, vel in re certa, es heredero vniuersal) se huuiesse de tener por la mas verdadera y comũ, no se puede ajustar a los terminos desta disposicion, aduirtiendo que la decision de la dicha *l. 1. §. si ex fundo*, cum similibus, procede quando la institucion de heredero in parte, vel in re certa, se halla formada por palabras directas ciuiles, *veluti, instituo hæredem, fatio, hæres esto*, que en tal caso rei certæ institutio trahitur ad vniuersam hæreditatem, y el instituydo en esta forma queda por heredero vniuersal de todos los bienes, vt aduertunt *DD. cõmuniter in dict. §. si ex fundo, & reliqui omnes infra referendi*, & pro quæstionis introductione planè præsuponit *Dñs Castillo dict. cap. 17. num. 124.*

¶ At vero, quando la disposicion se halla formada por palabras obliquas, ò comunes, no procede la decision del §. si ex fundo, cum similibus, y el instituydo in parte, vel in re certa, se reputa por legatario, y de la herencia no lleua mas de aquello que suena la disposiciõ, cætera autem bona defferuntur hæredibus legitimis abintestato, ita *DD. communiter in l. cogi. §. & generaliter, ff. ad Trebellian.*

per illum textum, quem ad hoc dicũt expressum, & singularem *DD. etiam in l.Centurio, ff. de vulgari,* vbi post Barthol. tradit *Iasson num 61. versic. nota diligenter, Immola in dict. §. si ex fundo, num. 18. Farinac. decis. 509. num. 4.* & in hac limitatione nostri omnes constanter conueniunt veluti, *Gregor. in l. 14. verbo, todos los bienes, colum. 3. ad fin. tit. 3. part. 6. Anton. Gomez 1. tom. variarum, cap. 10. num. 12. & cap. 2. num. 16. Rodericus Suarez in l. quoniam in prioribus in declaratione legis Regni, quæst. 7. num. 2.* & ibi plures addit *Baldes sub litera B.* & plures alios referens planè fatetur *Dñs D. Ioannes del Castillo dict. lib. 3. controuersiarum, cap. 17. num. 60. & sequentibus, & nu. fin.* Y esta conclusion, no solo procede en las instituciones, sino tambien en las substituciones, vt in pupillari docent communiter omnes *in dict. l. centurio, & in dict. l. cogi. §. & generaliter, & tradit Immola in dict. l. 1. §. si ex fundo, de hæred. instituend. num. 19. Guillermus Benedictus in cap. Raiduntius, verbo, in eodem testamento el 1. nu. 264. Michael Crasus in tract. de successionibus, §. substitutio quæst. 29. num. 3. Acosta in cap. si pater, 3. par. verbo, de filio ad filiam, num. 8. de testamentis,* optimè *Roman. cons. 200. num. 1. & 2.*

20 Y la substitucion pupilar desta disposicion hecha en fauor de doña Catalina de Roda de solo el vsufructo destos bienes, no està formada por palabras directas, sino por palabras comunes, y obliquas, ibi: *Los aya y lleue con todos los demas bienes doña Catalina de Roda mi muger, para que sea vsufrutuaria, &c.* illa enim verba, *aya y lleue*, Latinè, *habeat, accipiat, capiat*, verba communia sunt, vt tradunt *DD. communiter in dict. l. centurio*, & in specie de verbo, *habeat*, tradit ibi *Iasson, num. 69. Rippa nu. 188. Pratis de vltimis voluntatibus, lib. 3. interpretatione 2. dubitatione 1. solutione 4. num. 1. fol. mihi 58. Baconius à Vacunia lib. 4. declarationum iuris, cap. fin. num. 13.* & de verbis, *accipiat, capiat*, tradit *Crasus, §. institutio, quæst. 22. num. 9. Tiraquellus in l. si vnquam, verbo, re-*

uertatur,

uertatur, *num.*190. *C. de reuocandis Anton. Gomez* 1. *tom. variar. cap.* 2. *num.* 16.

21 Vnde, de qualquiera manera que este negocio se considere, o teniendo por corregido el derecho antiguo de la *l.* 1. §. *si ex fundo, de hæredibus instituendis*, por la nueua disposicion de la ley del Reyno, o teniendolo por no corregido, ni alterado, la substitucion pupilar hecha en fauor de doña Catalina de Roda por esta clausula, no se ha de estender a la propriedad de los bienes, supuesto que conforme a las palabras claras de la disposicion quedò substituyda en el vsufructo tan solamente por los dias de su vida, y mientras no se casare, de que resulta que en la propriedad se ha de tener por substituyda doña Mencia Fernandez madre del testador, como su heredera legitima vniuersal abintestato, ex iuribus, & DD. supra relatis, & vltra eos optimè *Crasus de successio.* §. *legatum, quæst.* 38. *num. fin. in fine.*

22 Y quando la substitucion hecha en fauor de doña Catalina de Roda no huuiera sido limitada a solo el vsufructo, como queda fundado *supra à nu.* 8. *& sequentibus* (y es la verdad indubitable) sino q̃ fuera de vsufructo y propriedad pleno iure, por auer la substitucion començado por los mismos bienes, y no por el vsufructo, ad tradita per *Bart. in dict. l. Titia cum testamento*, §. *Titia cum nuberet, nu.* 2. *ff. de legat.* 2. & melius *in l. donationes*, §. *species de donationibus*, *num.* 1. & plures referens *Casanate consil.* 32. *per totum maximè à num.* 4. & cæteri DD. infra referendi: la pretension de doña Mencia Fernandez, y sus herederos corre con mayor llaneza.

23 Porque aunque en los terminos del derecho comun la institucion de heredero no se podia hazer por tiempo limitado, ne testator pro parte tẽporis decederet testatus, & pro parte in testatus, y assi la institucion limitada a cierto tiẽpo detracta

temporis

temporis mentione, se tenia y reputaua por perpetua, ex regula, *l. hæreditas ex die 34. ff. de hære. insti. §. hæres, & purè instituta eod. tit. vbi tradunt DD. communiter Cagnolus in l. ius nostrum 7. num. 7. ff. de regulis iuris*: supuesto que ya oy por derecho del Reyno cessa este inconueniente y qualquiera, o sea pagano, o sea soldado, puede morir pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt tradunt *Matienço, Tello, Ceuallos, Pichardo*, & post eos omnes *Dñs Castillo relati supra nu.* 17. ha cessado tambien la regla y disposicion de la *l. hæreditas ex die, de hæredibus instituendis, §. hæres, & purè instituta eodem titulo*, y la institucion, o substitucion hecha ad certum tempus, veluti Titius sit hæres, vsque ad decem annos, vel donec vixerit: vale, y se sustenta por el tiempo limitado, que fue la voluntad expressa del testador, y passado aquel tiempo sucede el substituto expresso si el testador lo dexò nombrado, y sino los herederos abintestato del testador, *l. miles ita 42. in princip. ff. de militari testamento, & ibi gloss. & DD. communiter*, plures referens *Cagnolus in dict. l. ius nostrum, ff. de regul. iur. Pichar. in §. hæreditas, num. 33. instit. de hæred. instit.*

24 Y quando este comino faltara, que es impossible, y oy se guardarà en su rigor la regla de la *l. hæreditas ex die, de hæredibus instituen.* cum similibus, y conforme a ella la substitució pupilar desta clausula hecha en fauor de doña Catalina de Roda se vuiesse de tener por perpetua, detracta temporis mentione, aquello se aurà de entender con calidad, o grauamen, que despues de sus dias dexe y restituya los bienes por via de fideicomisso vniuersal al heredero legitimo del testador, idque ex tacita, & coniecturata ipsius voluntate, ita in terminis resoluit ex pluribus, *Mantica de coniecturis, vltimarum voluntatum, lib. 4. tit. 4. num. 12.* ibi: *Licet, autem hæres institutus donec vixerit in perpetuum sit hæres, & vitiũ temporis tollatur, & pura maneat institutio,*

l. hære-

l.hæreditas la 1.ff.de hæred.instituendis, & §. hæres, &) purè institu.eod.tit.tamen per probabilem coniecturam intelligitur post mortem grauatus restituere hæreditatem legitimis hæredibus venientibus abintestato, Angel.in cons. 150.ad fin.& copiose consuluit Paulus de Castro in consil. 241.vol.2. &) Corn.in consil.60.num.5.vol.1.&c.

25 Idem etiam resoluit eleganter *Rotta Sacri Palacij apud Paulum AEmilium, Verallum Caputaqnen. decis.262. per totam, 3.parte,* donde en los proprios, e indiuiduales terminos desta clausula, se juzgò en fauor del heredero abintestato, ibi: *Testator instituendo propriam vxorem in vita sua tantum, si viduitatem seruauerit videtur tacitè vocasse venientes abintestato, si vxor moriatur, vel si transierit ad secunda vota, Bart.in l.quotiens, §.si duo, num.4. vsque ad finem, de hæredibus instituendis, Paul. de Castro in consil.241. num.3.volum.3.Decius cons.278.colum.1.versic.3.intellectus etiam sit post mortem vxoris, vel post transitum ad secunda vota alium hæredem instituerit, dummodo ille alius institutus defecisset, vt per eundē Bart. in dict. l.quotiens, §.si duo in fin. & idem si apposuit clausulam codicillarem, quæ intelligitur apposita fauore venentium abintestato, vt per eundem Barthol. in dict.§.si duo, in fine.*

26 Idem *Verallus decis.263.per totam, dict.3.par.* ibi: *Testator dicitur prouidere venientibus abintestato quando instituit aliquem durante eius vita, & apponit clausulam codicillarem, secundum Bart.in l.quoties, §.si duo, ff.de hæredibus instituendis, & sequitur Castrens. in consil.241.num.3. volum.3. Dec. consil.278. colum.2. versic.secundus intellectus, ita fuit etiam resolutum in d. causa fortuten.hæreditatis, coram D.Decano.*

27 Y en estos mismos terminos *Paulo de Castro dict.consil.241.per tot.* maximè *à num.5.volum.2.*en vna disposicion en que el testador dexò por herederas vniuersales a su muger y a otra por los dias de la vida de ambas tan solamente, haziendo entre las dos reciproca substitncion, para que en la

parte de la que primero murieſſe, ſucedieſſe la otra, ſin proueer de ſubſtituto vniuerſal, ni particular deſpues dellas: dudoſe por muerte de la vltima, quien auia de ſuceder en los bienes, ſi los herederos abinteſtato deſta, o los herederos abinteſtato del teſtador. Y reſuelue Paulo de Caſtro, que reſpeto de auer ſido la inſtitucion hecha en fauor deſtas dos mugeres, y la ſubſtitucion reciproca de la vna a la otra, limitadas por los dias de ſu vida, eſta limitacion la puſo el teſtador en fauor de ſus proprios herederos abinteſtato, los quales han de ſuceder a la vltima de las dos herederas, iure fideicommiſsi detracta tamen quarta Trebelianica, y a Paulo de Caſtro ſiguieron Mantica, y la Rotta in locis ſupra proximè relatis, y aunque en aquel caſo el teſtador vſò de la palabra taxatiua, *tantùm*, diziendo que las inſtituia por herederas por los dias de ſu vida tan ſolamente: y parece q̃ la deciſion de aquel conſejo va fundada en la fuerça de la taxatiua; y faltando eſta como falta en nueſtra diſpoſicion, no ſe puede aplicar a ella la doctrina y deciſion de aquel conſejo, *nihilominus*, es doctrina y deciſion en terminos, porque aunq̃ en eſta clauſula falta la taxatiua expreſſa, baſta la tacita que reſulta de aquellas palabras, ibi: *Por los dias que ella viuiere*, como lo aduierte el miſmo Paulo de Caſtro en el dicho conſejo *ſub nu. 2. verſ. ſed his non obſtantibus*, ibi: *Quia ſi dicta dictio taxatiua non fuiſſet appoſita, ſed dum taxat fuiſſent inſtituti, quo vſque vixerint, ſub intelligebatur, & non vltra: quia permiſum ad tempus cenſetur poſt tempus prohibitum, l. ſtatu liberum, §. ſticum, ff. de legatis 2. &c.*

28 Ex quibus omnibus planè colligitur, que de qualquiera manera que eſta ſubſtitucion de doña Catalina de Roda ſe conſidere, ora ſea de ſolo el vſufructo, (como es lo mas cierto,) ora ſea de la propriedad pleno iure el derecho de doña Mécia Fernandez y ſus herederos es indubitable, aunque

con

con esta diferencia, que si la substitucion de doña Catalina post mortem filiarum, fue solo en vsufructo, doña Mencia desde luego iure directo, sucedio a sus nietas en la propriedad, como heredera legitima del testador, *ex iuribus, & DD. supra relatis, num.13. & sequentibus:* y si la substitucion de doña Catalina fue en la propriedad pleno iure, doña Mencia Fernandez y sus herederos, le sucederan despues de sus dias iure fideicommissi, como herederos legitimos del testador, *ex iuribus, & DD. supra relatis à num.24.* por manera que el derecho de doña Catalina sea en vsufructo, o sea en propriedad, es tassado y limitado por el tiempo que ella viuiere, y no se casare, y en qualquiera destos dos casos, muriendose, o casandose, se le acaba el derecho desta substitucion, y passa a los herederos legitimos del testador, que son doña Mencia Fernandez su madre, y sus herederos, *ex iuribus, & DD. supra relatis.*

29 Y la razon desto es, porque la disposicion q̃ se haze a cierto tiempo, veluti *donec vixerit*, vel *vsque ad talem diem*, es disposicion limitada y temporal, & habet implicitam dominij ademptionem post mortem, vel post diem, ita vt ad veniente tẽpore mortis, vel aduenĩete die, dominiũ ipso iure reuertitur ad hæredes testantis, *vt ex text. in l. Titia cum testamento, §. Titia cum nuberet, ff. de legat. 2. notat DD. communiter,* maximè *Peralta,* qui plures refert *in dict. §. Titia cum nuberet, num. 2. & num. 7. & 8. per totum,* & plures alios alegans *Petrus Surdus cons. 123. num. 11. & 12. volum. 1. Casanate consil. 31. num. 13.* quia datum ad tempus videtur post tempus ablatum, & prohibitum, *l. quæsitum, §. idem respondet. ff. de fund. instruct. l. mulier. vbi glos. C. de pactis, Ruinus consil. 29. num. 1. volum. 2. Bornius, Cabalc. in tract. de vsufructu mulieri relicto, num. 79.* optimè in terminis *Michael Cras. §. legatum, quæst. 38. in fine,* ibi: *Aduerte in prædictis casibus, quibus non tantum vsusfructus, sed,*

sed, & proprietas censetur relicta, si tale legatum fuerit relictum adiecto, vt toto tempore vitæ suæ, vel in vita, aut donec, vel quousque vixerit, non esse perpetuum legatum, nec transire ad hæredes vsufructuarij, sed ad hæredes testatoris, quia per illa verba significatur, quod in vita tantum habere debeat, itaq; restringitur legatum licet alias, non restringeretur per verba illa ad vsumfructum, ita tenet Bald. in l. 1. C. de fruct. & lit. expens. & hanc dicit cammunem opinionem Paris. cons. 21. num. 35. & seqq. vol. 2. Caualcan. de vsufr. mulier. num. 79. sed pasus est dubius, vt fatetur Piccus dict. l. Titia, §. fin. num. 11. dicit tamen communem hanc dictorum sententiā sibi magis placere, quæ magis menti testatoris accedit, ideoqne indubio tenenda est.

30 Y estas doctrinas corren mas apretadamente en este caso donde el marido no tenia obligacion a acordarse de su muger, y podia substituyr en toda la herencia pleno iure a qualquiera estraño, vnde, auiendo substituydo a su muger limitadamente en el vsufructo, fue visto excluyrla de la propriedad, y de la misma manera, aunque la substitucion se vuiesse de entender de la propriedad pleno iure, auiendo sido limitada por el tiempo q̃ ella viuiere y no se casare, fue visto el marido excluyrla a ella desde el dia que se casare, y a sus herederos desde el dia que ella muriere, quia is qui nihil tenebatur relinquere minus relinquendo videtur à residuo exclusisse, cum admissio limitata limitatum producat effectum, vt ex *Ancharrano, Baldo, Ruino, & alijs,* & ex regula *l. in agris de acquirend. rer. dom.* tradit *Surd. cons. 212. num. 21. ad fin.*

ARTICVLO SEGVNDO.

CON lo que queda fundado y resuelto en el primero articulo, pudieramos tener por segura la pretension de don Geronimo de Roda, y sus hermanos, como herederos de doña Mencia Fernandez

nandez madre del testador, sed ex abundanti, en este segundo articulo, respondiendo a los fundamentos de la parte contraria, haremos euidencia clara y manifiesta de nuestra justicia, ex sequentibus.

RESPONDESE AL primero fundamento contrario de la ley si filius qui patri, §. Papinianus de bonis libertorum.

31 SVPVESTO que por la nueua disposicion de la *l.1.tit.4.lib.5.noua compilat.* està mudado y alterado el derecho antiguo de la *l.1.§.si ex fundo de hæred.instituendis*, y de la *l.hereditas ex die, ff.eodem titulo*, y la regla de la *l.ius nostrũ, ff.de regulis iuris*: y ya el dia de oy qualquiera, o sea soldado, o sea pagano puede morir pro parte testatus, & pro parte intestatus, assi en quanto a los bienes, como en quanto al tiempo, y que el instituydo in re certa, vel ad certum tempus, lleua solamente la parte de bienes, y por el tiempo que expressamente se contiene en la disposicion, y en todo lo demas suceden los herederos abintestato, ex iuribus, & DD. supra in primo articulo relatis, podria pretender doña Catalina de Roda, q̃ siendo ella la persona que en la sucession abintestato destas pupilas, como su madre legitima ocupa el primero lugar antes que la abuela, *ex l.6. Tauri*, ella ha de suceder, no solo en lo que expressamente le dexò el testador, sino tambien en la parte que quedò para los herederos abintestato, porque en esta parte es fuerça que sucedan los mas cercanos, *ex gloss.celebri, in l.non iuxtam, verbo, repetitum ad finem,*

C. ad Trebel. communiter recepta, vt post plures testatur *Pereira de nominatione empt. quæst. 13. num. 1. & 2.* & in terminis, que en los casos en que el testador puede morir pro parte testatus, & pro parte intestatus, si el instituydo in re certa, vel ad certũ tempus, es el que aliàs habet primum locum in successione abintestato censetur vniuersaliter institutus, habet enim rem certam ex testamento, reliquum autem abintestato, *ex l. filius qui patri 42. §. Papinianus de bonis libertorum*, docet singulariter *gloss. fin. in l. 1. C. de testam. milit.* quam sequitur *Immola in l. 1. § si ex fundo, num. 44. & 86. de hæredibus instituendis.*

32 Sed facilimè respondetur; que aunque es assi, que la madre es heredera legitima de sus hijas, y la que tiene el primero lugar abintestato, & ex testamento, y que con ella, ni puede competir, ni concurrir otra persona alguna ascendiente, ni colateral, *ex dict. l. 6. Tauri:* esto se entiende no auiendo testamento pupilar hecho por el padre, porque auiendolo, y tratandose de suceder en virtud del, y siendo la competencia entre personas que aliàs auian de suceder abintestato, vnas al pupilo, y otras al testador: qualquiera duda y dificultad se ha de interpretar en fauor de los herederos legitimos del testador, y no de los del pupilo, ita ex antiquioribus resoluit post disputationem, *Mantic. de coniecturis vltim. volu. lib. 5. tit. 11. per totum*, donde disputa la question de *Bart. in l. Lucius, num. 21. de vulgari*, en que vn testador hallandose con quatro hijos pupilos, los dos de primero matrimonio, y dos del segundo, los instituyò herederos en iguales particiones à todos quatro, y les hizo a todos reciproca pupilar substitucion, & mortuo patre, murio vno dellos en la edad pupilar, y sobre la porcion deste huuo pleyto entre los demas q̃ quedaron, el vtrinque coniuncto pretendia suceder solo en toda la porcion, y los otros dos pretendian con-

concurrir con el, y aunque todos conuenian, en q̃ la duda se auia de determinar, regulando la disposicion del testamento pupilar, conforme al orden de la sucesion abintestato, en lo que no conuenian era, que el vtrinque coniuncto dezia que se auia de considerar el orden de la sucesion abintestato del pupilo, cuya era la herencia, y que siẽdo el el que aliàs en esta sucesion abintestato, tenia el primero lugar como vtrinque coniuncto, se auia de preferir a los demas, y los hermanos medios dezian, que se auia de considerar el orden de la sucesion abintestato del padre, cuyo era el testamento y la disposicion, y que en esta sucesion todos entrauan igualmẽte, como hijos de vn mismo padre, y que asi auian de concurrir con el vtrinque coniuncto. Y *Mantica dict. tit. 11. per totum*, resoluio la question en fauor de los hermanos medios: ita vt ad portionem præmortui fratris, omnes æqualiter admitantur, tam consanguinei, quã vtrinque coniunctus, como herederos legitimos abintestato de su padre, regulando la sucesion pupilar dudosa por el orden de suceder abintestato del testador, y no por la del pupilo, *& num. 4.* adducit rationem quare in pupillari dispositione interpretanda inspici debeat affectio testatoris potius quam pupilli, scilicet, *quia ordinatio data est patri, & successio data filio non quemadmodum filius vult, quia nõ habet pupillus velle, nec nolle sed queadmodũ pater vult cui lex cõcedit supremã ordinationem testamenti*, & prosequitur per plures rationes, & media *a nu. 5. & sequentibus, vsque ad finem*, optimè ex pluribus *Stephan. Gratian. 4. par. discept. for. cap. 661. num. 6.* ibi: *Quæ omnia procedunt etiã in pupillari substitutione, quando enim agitur de illius interpretatione attenditur affectio testatoris, non pupilli, qui nullum iudicium habet, nec stabilem mentem. Nam quamuis ex pupillari succedatur pupillo, tamen de ea iudicatur fere in omnibus, sicut de testamento patris assumendo illius naturam, quasi quoad ordi-*
nationem

nationem dicatur testamentum patris, quidquid sit respe-ctu aliorum effectum. Unde cessat ratio quod in tali subs titutione videantur vocati illi, qui pupillo erant abin-testato successuri, cum verius sit, ut voluerit pater secũdum propriam affectionem substituere, tãquam ab eius libera voluntate hoc dependeat, &c. & prosequitur alegans Peregrin. Mantic. & alios in numeros.

33 Idem etiam docet ex pluribus, *Simon de Pratis de interpretat. ultimar. volunt. lib. 1. interpretatione 2. dubitatione 2. solut. 5. num. 3. versic. tunc in substitutione pupillari.*

34 Optimè *Petrus Surd. consil. 31. num. 43. & sequẽtibus, volum. 1. maximè num. 44. versic. aliud igitur,* ibi: *Aliud igitur est, quod per substitutionem pupillarem succedatur pupillo, aliud quod cõmodo succedatur, quo ipsi pupillo succeditur, nam de substitutione pupillari præter id quod ex ea pupillo succeditur iudicatur fere in omnibus, ut de testamento patris, & illius naturam in omnibus assumit, &c.* Et inferius, *num.* 48. ibi: *Cum igitur quoad ordinationem pupillaris substituti sit proprie testamentum patris cessat ratio, quod institutione videatur vocasse eos qui pupillo erant abintestato successuri, sed verius esse voluisse secundum propriam affectionem substituere, cum hoc ab libera eius voluntate dependeat rectius ideo censerunt Baldus, Romanus, Aret. Iass. Ceot. Lancel. Polit. Rube. Rippa, Gomez, Crau. & Gabr. supra relati, qui voluerunt quod in pupillari substitutione consideretur affectio testatoris, & æquè succedat frater ex parte patris, cum utrinque coniunctis, quorum opinio est communis, & fundata super communibus opinionibus, quas esset necesse destruere, si contrarium teneremus.*

35 Idem etiam elegãter tradit *Hieronym. Gabriel consil. 121. per totum, volum. 1.* maximè *num.* 4. ibi: *Nec obstat quod consideretur etiam aliquando ipsius pupilli affectio, & censeatur pater pro eo, ita testatus, vel ut ipse testatus fuisset: quia hoc verum est. Cum non concurrunt, nec contrariæ inter se sunt testatoris affectio, & pupilli tunc enim testatoris potius affectio inspicitur, ut*

constat

constat ex traditis à Bart. in dict. l. 2. de vulgari, &c. Et inferius, *num. 7.* ibi: *Cum vero affectio contraria est huic ordini, quia igitur de succedendo pupillo ex dispositione patris, tunc enim affectio patris inspicitur, & ordo secundum quem ipsi succederetur Bart. vero tamẽ si dicit defendi posse dictum dini, in pupillari in qua succeditur pupillo, non tamen id firmat, & contra din indistinctè tenet in dict. l. Lutius, & rectè: nam quamuis cesset in pupillari ea ratio, quod succedatur testatori, nõ cessat alia sumpta ab affectione, & voluntate eius præsumpta, secundum quam regi debent, ab eo disposita ergo, nec cessare debet dispositio, §. affinitas, instit. de nupt. cum simil. constat igitur ex his veriorem esse opinionem contra Socinum, etiam in pupillari, &c.* Et inferius, ibi: *Et contra Socinum, quod si licet in pupillari proximitas testatoris non ipsius pupilli inspiciatur, & frater vtrinque coniunctus consanguineo, non præferatur patet ex eo quia ita sentiunt DD. omnes in d. l. Lutius de vulgari, & in dict. l. in testamento, vbi id notant expressè Bald. Angel. & Salicetus, &c.*

36 Idem denique post *Barthol. Socinum Decium, legitima Cagnol. Alciat. Rubeum, Crauet. Couarrub.* & alios, quamplures, tam antiquos, quam recentiores, resoluit *Menoch. lib. 4. præsumpt. 39. num. 85.*

37 Vndè, tratandose en este pleyto, como se trata de suceder en virtud de vn testamento y disposicion pupilar, y auiendose de interpretar y resoluer las dudas y dificultades que della resultan por las reglas y orden de la sucesiõ paterna abintestato, y no por la de las pupilas, ex iuribus, & Doctoribus supra proximè relatis: necessariamente se sigue, que la interpretatione ha de ser en fauor de doña Mencia Fernandez, que como madre legitima del testador tiene el primero lugar en la sucesion abintestato, la qual se ha de entender q̃ quedò substituyda a sus nietas en lo restante de la herencia, ex tacita testatoris voluntate, ex regula l. conficiuntur de iure codicillorum, vt per *Doctores supra relatis à nu. 13. & sequentibus:* y consiguiẽtemente

mente se sigue, que estamos fuera de los terminos en que habla la *glos. fin. in l. 1. C. de testam. mil.* y la doctrina de *Immol. in dict. l. 1. §. si ex fundo, de hared. instit.* porque doña Catalina de Roda, que fue substituyda in re certa, vel ad certum tempus, no es la persona que ocupa el primero lugar en la sucessiõ abintestato de su marido.

RESPONDESE AL SEGUNDO *fundamẽto cõtrario de la l. precibus, C. de impuber. cum simil.*

38 LA disposicion puntual desta clausula es: *Que muriendo ambas hijas en edad pupilar, aya y lleue todos los bienes doña Catalina de Roda su madre, para que sea vsufrutuaria dellos mientras ella viuiere y no se casare; y si se casare pierda el vsufructo de los dichos bienes, y en ellos suceda y los lleue doña Mencia Fernandez madre del testador, y sus herederos en vsufructo y propriedad.* Y en esta disposicion pretendemos, que la madre destas pupilas quedò substituyda en el vsufructo de los bienes tan solamente por los dias de su vida, y mientras no se casasse, y que en la propriedad de los dichos bienes quedò substituyda doña Mencia Fernandez madre del testador.

39 Y como esta substitucion no es expressa, sino tacita por la conjectura de la *l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum*, vbi cauetur quod in ea parte, qua quis decedit intestatus videtur instituere hæredes venientes abintestato, podria dezir doña Catalina de Roda, que si esta substitucion vuiesse lugar, y se admitiesse en este pleyto, se daria vn inconueniẽte, que la madre se hallasse excluyda por vna tacita pupilar contra la regla de la *l. vltim. de institut. & substitut. l. precibus, C. de impuberum*, vbi regulariter tradunt *DD. & in l. 2. de vulgari*, quos refert *Trentacinquius de substitut. 1. par. cap. 12. num. 1. & sequentibus, Menoch. lib. 4. præsumpt. 39. nu. 1.*

SED

Sed facile, & firmiter respondetur.

40 QVE el punto si la substitucion pupilar tacita excluye a la madre del pupilo, o no, no es assentado en fauor de la madre, sino muy cõtrouerso, porq̃ aunq̃ ay muchos q̃ tienẽ la opiniõ q̃ fauorece a la madre; ex *l. precibus, C. de impuberũ, ex l. 2. de vulgari, & ex alijs iuribus:* ay otros muchos q̃ por los mismos textos defienden derechamente la contraria, prout vtriusque opinionis plures refert *Menoch. lib. 4. præsumpt. 39. num. 1. & sequentibus, Mantic. de vltim. volu. libi 5. tit. 5. per tot. Alex. Trentacinq. in tract. de substitutio. in cap. 12. num. 1. & sequẽtibus.*

41 Et in hac quæstione, la verdadera y comun resolucion es, que ay dos maneras de substitucion pupilar tacita. La vna es la que se contiene sub expressa vulgari de qua in *dict. l. precibus, C. de impuber. l. iam hoc iure de vulgari,* y nace de presumpcion que haze la ley, que si el testador pensara, o entẽdiera que su hijo despues de aceptada y adquirida la herencia, auia de morir en edad pupilar proueyera el caso, y esta substitucion, que procede por presumpcion de la ley, y por extension suya, no excluye a la madre. La otra es la que se colige ex præsumpta voluntate testatoris por conjecturas q̃ resultan de la misma disposicion, y esta excluye a la madre, ita ex singulari doctrina *glos. verbo, omnimodo in l. precibus, C. de impuberum,* eleganter distinguens docet *Bart. communiter receptus in l. in testamento la. 1. num. 3. C. de militar. testam.* ibi: *Tamen quãtum ad propositum dicas, quod tacita pupillaris presumpta nõ excludit matrem, vt in dict. l. precibus, l. fin. infra de instit. sed tacita pupillaris probata aliquibus coniecturis bene excluderet matrem, vt hic in fine, quod est notandum, & notat glos. in dict. l. precibus, verbo, omnimodo, &*

Barthol.

Barthol. refert & sequitur Iass. ibi, num. 9. Idem *Bart. in l. centurio, num. 22. ff. de vulgari, & in l. moribus, nu. 38. eodem titulo,* eadem etiam distinctione clarius docet *Bald. in dict. l. precibus, nu. 7. C. de impuber.* ibi: *Aut loquimur de exclusione per mentem legis, aut per mentem testatoris primo casu non excluditur mater, secundo sic mente probata ex coniecturis, ita dicit glos.* Et inferius, *num. 9. prosequitur,* ibi: *Et ideo dic, quod quadruplex est substitutio pupillaris scilicet tacita præsumpta, quæ circa mentem testantis, sola iuris authoritate præsumitur, & ista matrem non excludit, quia auferret matri legitimam, quæ est quasi ex iure naturali, quod est inconueniens. Item tacita probata coniecturaliter, & ista excludit matrem, & durius agitur cum matre per testatorem, quam per legem, &c.* Idem etiam docet *Lancelot. Galiaul.* alios referens *in dict. l. centurio, num. 195.* & post alios *Mantica de coniectur. vltimar. volunt. lib. 5. titu. 15. num. 1.* optimè *Carol. Ruin. in l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 73. de liber. & posthum. Michael Cras. in §. substitutio. quæst. 30. num. 5.* & non obscurè *Francisc. Bursatus consil. 19. num. 7. lib. 1.*

42 Y para que en este caso se tenga por excluyda la madre destas pupilas, ex tacita volũtate testatoris, es conjectura bastante la que resulta de auerla dexado el marido substituyda, tassada y limitadamente en el vsufructo de los bienes por los dias de su vida, con lo qual fue visto excluyrla de la propriedad, ex *iuribus, & DD. supra relatis nu. 13. & sequentibus,* & in terminis ita docet *Bald. in dict. l. precibus, num. 13. C. de impuberum,* donde dize, que quando el testador dexa a la madre alguna cosa tassada y limitada, veluti decem si filius meus decesserit, aquella tassa y limitacion se entiẽde puesta ad diminuendum ius matris, y assi se ha de tener por excluyda de la sucessión, ex illa tacita, & præsumpta voluntate testatoris, & Baldum sequitur *Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, dict. lib. 5. tit. 15. num. 14.* ibi: *Amplius scribit Baldus in*

dict.

dict.l.precibus, num.13. quod aduersus matrem, elicitur coniectura tacitæ pupillaris substitutionis, si relinquit aliquid vxori simpliciter post mortem filij, quasi quod censeatur tale legatum reliquisse ad minuendum ius matris, argumento l.alimenta, §. Basilicæ, & §. stichus de alimen. legat. a que se juntan las doctrinas que a cerca de la disposicion limitada y su naturaleza quedan põderadas supra num. 29.

43 Vlterius, siendo como es la madre del testador la persona en cuyo fauor resulta la tacita substitucion desta clausula, es fuerça que se nos confiesse, que por ella quedò excluyda la madre de las pupilas, ex doctrina *Bart. in l. moribus 45. ff. de vulgari*, quem omnes communiter sequuntur teste, *Menoch. lib. 4. præsumpt. 39. num. 89. Mantica dict. tit. 15. num. 33. Alexand. Trentacinq. de substitut. 1. par. cap. 12. num. 23. Michael Crasus §. substitutio. quæst. 31. nu. 5. & 6. Anton. Gomez tom. 1. cap. 4. de pupillari, num. 10.*



RESPONDESE AL TERCERO *fundamento cõtrario de la l. si ita quis 21. de vulgari.*

44 SVPVESTO que el caso en que expressamente està substituyda doña Mencia Fernandez, es, *si doña Catalina de Roda se casare segunda vez*; y este caso no llegò, porque la dicha doña Catalina permanecio viuda, hasta que murio: pretẽden sus herederos, que la substitucion no se ha de estender del caso expresso que el testador dexò proueydo al caso omisso que no proueyò, quia substitutio non extenditur de persona ad personam, nec de casu ad casum, nec de tempore ad tẽpus, vt de substitutione pupillari est, text. express. *in l. si ita quis 21. ff. de vulgari, & tradit Bursat. consil. 52. num. 24. lib. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 39. num. 20. versic. sexto.*

Sed huic fundamento facile etiam reſpondetur ex ſequentibus.

45 PRimò, que la ſubſtitucion pupilar que reſulta de la diſpoſicion deſta clauſula en fauor de doña Mencia para la propriedad de los bienes, no es ſubſtitucion tacita, ni ſe puede tener por tal, antes por ſubſtitucion pupilar expreſſa y derecha à die mortis pupillarum. Tùm, por las conjecturas de la excluſion de la madre, que quedan aduertidas y ponderadas *ſupra num.* 42. & 43. por las quales ſe pudiera tener eſta ſubſtitucion por expreſſa, cum expreſſum dicatur, quod ex coniecturis apparet, maximè tam perſpicuis, & claris, *l. Gallus, §. quidam rectè, de liber. & poſthum.* cum ſimilib. vbi tradunt communiter omnes, vt per *Molin. de Hiſpanor. primog. lib. 1. cap. 17. num. 27. dict. lib. 3. cap. 8. num. 5. & ſequentibus*, latè *Surd. deciſ. 254. à nu. 37. & ſeqq.* vbi ampliat quãuis expreſsio requiratur pro forma, & quamuis verſemur in materia ſtricta.

46. Tùm etiam, porque para total expreſsion, y para que no ſe pudieſſe dudar de la voluntad, el teſtador cerrò y rematò ſu diſpoſicion con eſtas palabras, ibi: *Todo lo qual hago por via de ſubſtitucion pupilar a las dichas mis hijas en la mejor forma y manera que de derecho huuiere lugar*, donde expreſsis verbis, declara q̃ todo lo q̃ dexa diſpueſto, es ſubſtitucion pupilar; aſsi lo tacito y ſubintelecto, como lo expreſſo y literal, porque aquella palabra, *todo lo qual*, es palabra vniuerſal, que de ſu naturaleza haze preciſa relacion a toda la diſpoſicion precedente, y en toda ella influye aquella calidad de ſubſtitucion pupilar expreſſa, quia qui totũ dicit nihil excludit ex vulgatis iuribus, y eſto ſe comprueua

prueua en terminos con la doctrina de *Bart. in l. moribus, num.38. de vulgari*, donde tratando de la tacita vulgar cõjecturada, que excluye a la madre del pupilo; resuelue que no se puede llamar expressa pupilar, resultando de conjecturas sin mencion expressa de pupilar, ibi: *Sed dicens si voluntas deffuncti probatur, ergo non est tacita pupillaris, sed pupillaris expressa respon. non est verum immò nullam mẽtionem facit de pupillari, & tamen de præsumpta voluntate potest aliquibus coniecturis constare, &c.* Ergo, auiẽdo en la disposicion expressa mencion de substitucion pupilar, y tan expressa como la desta clausula donde se declara, *que todo lo dispuesto es por via de substitucion pupilar*, no se puede llamar tacita la que resulta en fauor de doña Mencia en la propriedad de los bienes quanto quiera que sea conjecturada.

47 Mayormente diziendo el testador, que esto se entienda y sea *en la mejor forma y manera que de derecho viniere lugar*, que es clausula que como quiera que conste del intento del testador, etiam per cõiecturas, lo ayuda y sustenta, supliendo qualesquiera defectos, assi en las palabras, como en la solemnidad, y haze que la disposicion no quede limitada, y restringida a lo expresso y literal, ita ex *Bald. in l. vinum si certum petatur*, & ex alijs pluribus tradit *Pratis de vltimarum voluntatum, lib. 2. interpretatione 2. dubitatione 1. solutione 4. num. 1. fol. mihi* 210. & alios referens *Petrus Surdus consil. 273. vol. 2. num. 6. & consil. 305. num. 49. volum. 3.* y haze que no se atienda al modo expresso, sino fuere tã apto como conuiene, sino al que se deuia expressar para el intento, optimè *ex Bald. in l. quoties, num. 3. C. de hæred. instit.* & ex alijs pluribus *Mantica de vltimarum voluntatum, lib. 3. tit. 14. num. 11.* & in substitutione pupillari loquens, tradit eleganter *Curtius Iunior consil. 73. num. 22.* alios alegans *Pratis vbi supra num. 9. &. num. 33. versic. octauus casus, & nu. 34.*

Bertazol.

Bertazol.lib.1.consultat.ciuil.consil.64.num.12. y final mente haze que la que no podia aliàs ser substitucion directa pupilar, lo sea constando de la voluntad del testador, *vt ex Ioann. de Amicis. consil. 15. nu. 10. tradit Surd. consil. 434. num. 13. volum. 3. & ex Alexand. Corneo, Curtio, & alijs docet Pratis vbi supra, num. 32. versic. septimus est, & num. 33.*

48 Lo segundo, que nosotros no tratamos de induzir la substitucion de doña Mencia en la propriedad destos bienes por extension del caso expresso de casarse doña Catalina de Roda, en que el testador parece que llamò a doña Mencia el caso tacito, y omisso en que no dispuso nempè, el de la muerte de la dicha doña Catalina: lo que dezimos es, que por la disposicion desta clausula quedò hecha y formada vna substitucion pupilar, en que igualmēte quedaron substituydas, la madre de las pupilas, y la madre del testador; la de las pupilas expressamente en el vsufructo de los bienes miētras ella viuiesse y no se casasse; y la madre del testador (como su heredera legitima abintestato) tacitamente en la propriedad por necessaria consequencia de auer quedado limitado y tassado el derecho de la madre de las pupilas a solo el vsufructo, y por las demas conjecturas que quedan aduertidas y consideradas, *supra num. 42. & num 43.* Y como el vsufructo en que quedaua substituyda doña Catalina de su naturaleza se auia de acabar con la muerte de la susodicha, y consolidarse con la propriedad en que quedaua substituyda la madre del testador: y este era caso claro y sin duda, no le parecio que era necessario expressarlo, y expressò el caso de las segundas bodas, que podia tener alguna dificultad, porque el vsufructo vxori relicto no se acaba per transitum ad secundas nuptias, etiam si relinquatur illi, non simpliciter, sed donec, vel quaudiu castè vixerit, & non nupserit, vt ex *Ioann. de Garron in l. 1. C. de secund. nupt. & alijs obseruat*

Canal.

Caualcan. de vsufruct. mulier relict. sub num. 113. *ad fin. & post eos Dñs Castillo de vsufruct. lib.* 1. *cap.* 2. *nu.* 128.
Y assi para quitar esta duda expressò este caso, mandãdo, que en el perdiesse su muger el vsufructo, y sucediesse su madre pleno iure, pero no por esso fue visto coarctar, ni limitar a solo este caso el derecho y substitucion de su madre, que desde el principio quedaua substituyda vna, & simul en la substitucion misma de doña Catalina, ex vi taxationis, & limitationis, porque dexandola a ella substituyda en solo el vsufructo por los dias de su vida, fue visto dexar substituyda a su madre, como su heredera legitima en la propriedad, & hoc non per extensionem, sed ex voluntate ipsius testatoris à vi, & virtute verborum ellicita, & coniecturata.
Y quando la substitucion que desta clausula resulta en fauor de doña Mencia no se huuiesse de tener por substitucion directa pupilar, como es precisso que se tẽga para la propriedad destos bienes, sino por substitucion fideicomissaria y obliqua, vt *supra num.* 24. & ex *Menoch. consil.* 1112. *num.* 16. *volu.* 12 esta no solo fue en el caso expresso y literal de casarse doña Catalina de Roda, como de contrario se pretende, sino tambien en el caso tacito de la muerte de la susodicha, non quidem per extensionem, vt dictum est, sed ex vi verborũ ipsius dispositionis: porque como queda fundado *supra dict. num.* 24. quando vn marido dexa a su muger por vsufructuaria de todos sus bienes, con la limitacion desta clausula, nempè: *Por el tiempo q̃ ella viuiere, y no se casare*, aunque sea visto dexarla por heredera vniuersal, por la regla de la *l.* 1. *§. si ex fundo, de heredibus instituendis*, es con grauamen de restituyrla a los herederos abintestato del testador en qualquiera de los dos casos, de muerte, o de segundas bodas, vt in terminis ex *Mant. de vltim. volunt. lib.* 4. *titu.* 4. *num.* 12. *Paul. AEmil. Verall. decis.* 262. *& decis.* 263. *par.* 3. *Paul. de Castro consil.* 241. *lib.*

2. resoluimus supra à num. 24. & sequentibus, & tunc addimus *Petr. Surd. consil. 44. à num. 4. maximè num. 6. volum. 1.* donde por doctrina de Paulo de Castro, y de otros resuelue, que dexando vn marido a su muger instituyda por heredera, *donec vixerit, & vitã vidualem seruauerit*, dexandole substituto en el vno de los dos casos, este le ha de suceder no solo en el caso expresso, sino tambien en el otro que quedò omitido: & in terminis *Socin. cons. 30. per tot.* quem sequitur, & latè defendit *Simon de Pratis de vltim. volunt. lib. 1. interpret. 2. dubitat. 2. solut. 14. à num. 12. & seqq. fol. mihi 126.*

RESPONDESE AL QUARTO FUN *damento contrario de la transmission.*

49 CON el supuesto de ser la substitucion de doña Mencia Fernandez, substitucion fideicomissaria para despues de los dias de doña Catalina de Roda, y no pupilar directa à die mortis pupillarum: dizen, que el fideicomisso fue condicional, tamque relictum post mortem dominæ Catherinæ, *vt ex l. si cum hæres l. cum illud, ff. quando dies legati ced.* tradit post multos *Cephal. consil. 158. nume. 10. lib. 2.* De que resulta, que auiendo muerto doña Mencia Fernandez antes de cumplirse la cõdiciõ de su llamamiento en vida de doña Catalina de Roda, el derecho del fideicomisso se acabò y extinguio con su muerte, y no lo pudo transmitir en sus herederos, vt in terminis tradit *Menoch. consil. 273. à num. 14. & sequentibus, volumin. 3. consil. 1112. num. 17. & seqq. volum. 12.*

Sed respondetur ex pluribus.

50 LO primero, que el supuesto de ser fideicomissaria la substitucion de doña Mencia, para despues de los dias de doña Catalina no es verdadero:

dadero? y lo cierto es, que fue substitucion pupilar, directa en la propriedad destos bienes, ex latè traditis *supra num.* 13. *& seqq.* de que resulta, que este derecho adquirido à die mortis pupillarum, passò en sus herederos entre los demas bienes de su herencia, ex vulgatis iuris principijs.

51 Lo segundo, quando la substitucion huuiera sido fideicomissaria para despues de los dias de doña Catalina de Roda, el derecho desta substitució passò, y se transmitio por muerte de doña Mencia en sus nietos y herederos; porque aunque la regla es, que el derecho del fideicomisso condicional no se transmite, ex iuribus, & Doctoribus in contrariũ allegatis, esta se limita todas las vezes que consta de contraria voluntad del testador, que puede hazer transmisible lo que no lo es, y por el contrario in quo conueniunt omnes communiter *in l. vnica C. de his qui ante apertas tabulas*, vt pluribus relatis aduertit *Hieronym. Zach. in l. heredes mei, §. cum ita, num.* 195. *ad Trebellian. Mantica de vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 8. *Peregrin. de fideicommis. artic.* 31. *nu.* 25. *Michael Crasus lib.* 2. *§. transmissio quæst.* 28. *n.* 7. *& denique Menoch. ipse, dict. cons.* 273. *num.* 16. *& dict. consil.* 1112. *num.* 18. Y esta limitacion es certissima, e indubitada, no solo quando ay volũtad expressa del testador, pero quando la ay tacita por cõjecturas, ex Doctoribus supra relatis.

52 Y en esta clausula tenemos voluntad clara y expressa en fauor de los herederos de doña Mencia, ibi: *Y en ellos suceda doña Mencia Fernandez mi madre, y sus herederos y sucessores, &c.* quo casu transmissio in locum esse omnes vno ore fatentur, *Bald. in l. si pater, num.* 19. *C. de instit. & substit.* quẽ post alios sequitur *Mantica dict. titu.* 20. *num.* 9. *& num.* 19. *Barthol. omnino videndus in l. Titia cum testamento, §. Titia cum nuberet, num.* 2. *de legat.* 2. vbi in terminis, decide la question en fauor de los herederos del substituto fideicomissario, porque en el llamamiento y

substi-

substitucion, se hizo mencion dellos, ibi: *Erunt tua & filiorum tuorum*, & Bart. sequitur *Castrens. ibi nu. 3. Ruin. cons. 86. num. 3. lib. 2. Menoch.* alios referens, *d. cons. 273. num. 24.* Y en este caso el derecho de los hijos herederos, no estando de transmission, como de proprio llamamiẽto, vt elegãter obseruat *Mãt. dict. lib. 11. tit. 20. nu. 7. & nu. 19.* optimè ex multis *Mol. lib. 3. cap. 6. nu. 39. & num. 43. vers. quamuis, & lib. 1. cap. 1. num. 17. vers. non autem, Gutierr. lib. 3. practi. ciuil. q. 67. nu. 20. & nouissime ex multa allegatione Cæsar Manentus cons. 36. nu. 23.*

54 Y si de contrario se nos opusiere, que Mantica y los demas Doctores que quedan alegados en fauor de la transmission por la mencion expressa de los herederos hablan en terminos, quando la sucession se pretende en el mismo caso en que los herederos del substituto estan llamados, vt ex ipsorum lectione satis apparet, pero no en los terminos deste pleyto, en que los herederos de doña Mencia estan llamados en el caso expresso de las segundas bodas de doña Catalina, que no sucedio, y la sucession se pretende en el caso tacito de la muerte de la dicha doña Catalina, donde no solo no estan llamados los herederos de doña Mencia, pero ni aun ella tiene llamamiẽto expresso, y que assi no parece que aquellas doctrinas son aplicables al caso.

55 Se responde, que para que la transmissiõ aya lugar en fauor de los herederos del substituto premuerto, basta que en qualquiera parte de la disposicion se halle hecha expressa mencion dellos, no solo en el caso en que se pretende la sucession, que son los terminos en que hablan los Doctores alegados, sino en qualquiera otro caso, y para qualquiera otro proposito, porque el testador que se acordò dellos, claro està que les tuuo amor y aficion, y por este respeto se presume, que quiso que el derecho condicional del fideicomisso se les trãs

mitiesse,

mitiesse, ita eleganter *Mantica de vltim. voluntat. d. lib. 11. tit. 20. num. 19. versic. quare cum Baldus*, donde entendiendo assi la doctrina de Baldo, inquit in hæc verba, ibi: *Quare cum Baldus loquatur de facultate transmittendi, quæ elicitur ex cōiectura volūtate, ratio nobiliter potest intelligi, quādo de hæredibus etiā filij testator fecerit mētionē alio modo, quàm per expressam substitutionem, ita vt ex verbis testamenti posit colligi, quod saltem iure transmisionis admitantur, vt idem etiā Bald. loquitur in dict. l. vnica, num. 10. C. de his qui aut aper. tab.* optimè aduersus *Castrens. Aimon Crauet. in l. cum filio de legat. 1. 2. par. num. 267. volum. 4. repetitio. nouisim. fol. 133.* & pluribus alegans *Trentacinq. de substit. 4. par. cap. 14. num. 21.*

56 . Y en terminos, que aunque en el caso por dō de se pretende la sucesion, no esten llamados los herederos del substituto, se les transmita el derecho del fideicomisso condicional si estauā expressamente llamados en otro caso diferente, y que esta no sea conjectura, sino expressa voluntad, docet eleganter post *Socin. Aimon Craueta in dict. l. cum filio, num. 343. de legat. 1.* ibi: *Sexta coniectura sumitur ab expresso, quando filij grauati Vocantur sub vna conditione, quæ non euenit, nam ad eos fit transmisio in euentū alterius conditionis, quia ex eo quod in aliquo casu vocati sunt, apparet eos prædilectos extraneo, quod pariter vocati fuissent in alio casu, si de eo testator cogitasset putà testator substituit fratrem, & eo nolente substituit eius filios, si frater præcedit grauato, filij admittuntur iure transmissionis, sed certè isto casu videntur admitti filij iure vocationis, non trausmisionis, &c.* & Crauetā sequitur *Bart. Bertaz. lib. 1. consult. decesiua, cons. 113. nume. 7. & post Curt. Iun. cons. 76.* idem etiam docet *Alex. Trentacin. de substitntio. 4. p. c. 14. n, 23. vers. & huic est, el 2.*

57 Y con estas doctrinas, que son en termino de nuestro caso en fauor de la transmision, concurre vna cōjectura fortisima, q̄ cō la ponderaciō della sola nos pudiera bastar, scilicèt q̄ si la transmisiō

no huuiesse lugar en fauor de los nietos y herederos de doña Mécia, que son primos hermanos del testador, y la herencia se deboluiesse a los galteros, se caeria en vn inconueniente grandissimo, como seria preferir los estraños a los parientes sin expressa voluntad del testador, vt per *Menoch.cons.* 233.*num.*31.*&* 32.*volum.*4.*Mantic.dict.lib.*11.*tit.* 20.*num.*21. *Alexand.Trentacinq.de substit.*4.*par. cap.* 14.*num.*7. Ex sequentibus omnibus satis concluditur, que la justicia de don Geronimo de Roda y sus hermanos es notoria y llana para la succssion destos bienes, como nietos y herederos de doña Mécia Fernandez madre del testador, en exclusion de doña Catalina de Roda y sus herederos. Et ita pronuntiandum speramus: Salua in omibus V.D.C.

El Doctor de la Gasca.